

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 23 novembre 2023
Décision du 14 décembre 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

L'Etat n'a pas mis en œuvre les procédures de publicité et de mise en concurrence permettant le renouvellement de trois concessions hydroélectriques de la vallée d'Ossau, dont la société hydroélectrique du Midi (SHEM) était titulaire, et qui expiraient en 2012. Les concessions n'ont donc pas été renouvelées à compter de 2012. Or, l'article L. 523-2 du code de l'énergie prévoit que le titulaire d'une « *nouvelle concession hydroélectrique, y compris lors d'un renouvellement* » doit verser à l'Etat une redevance proportionnelle aux recettes de la concession. Surtout, ces mêmes dispositions prévoient qu'« *un tiers de la redevance est affecté aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés* » et qu'un « *douzième de la redevance est affecté aux groupements de communes sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés* ».

Et c'est pour cette raison que le département des Pyrénées-Atlantiques, d'une part, et la communauté de communes de la vallée d'Ossau, d'autre part, ont demandé au Premier ministre de les indemniser de leur manque à gagner, correspondant à la privation de la part de la redevance dont ils pensaient pouvoir chacun bénéficier. Devant le silence gardé par le Premier ministre, le département et la communauté de communes ont, par des requêtes distinctes, saisi le TA de Paris de conclusions indemnitaires. Celui-ci ayant rejeté leurs demandes, le département et la communauté de communes ont interjeté appel. Par deux arrêts du 17 juin 2022, rédigés en des termes quasiment identiques, la CAA de Paris a jugé que l'Etat avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité en raison de sa « *carence à faire procéder au renouvellement des concessions en litige dans le délai imparti par la loi* ». Elle n'a, pour autant, pas fait droit aux appels au motif que le caractère certain des préjudices n'était pas établi dès lors, d'une part, qu'il n'y avait « *aucune certitude quant au renouvellement effectif de la concession, ni, en conséquence, de la garantie de percevoir la redevance* » et, d'autre part, que « *le montant de la redevance dépend des bénéfices retirés par le concessionnaire des installations hydroélectriques, lesquels présentent par définition*

un caractère aléatoire et peuvent même être nuls compte tenu des risques inhérents à l'exploitation d'une concession ».

Ce faisant, la cour de Paris s'est très largement inspirée d'un arrêt que la CAA de Bordeaux, saisie par le département des Hautes-Pyrénées, avait rendu le 6 décembre 2021 dans une affaire similaire (n°19BX01202). Vous avez refusé d'admettre le pourvoi dirigé contre cet arrêt de la cour de Bordeaux par une décision du 12 décembre 2022 (n°461190). Mais, dans les deux pourvois quasi-identiques que vous examinez aujourd'hui, le département des Pyrénées-Atlantiques et la communauté de communes de la vallée d'Ossau soulèvent des moyens différents de ceux de ceux qui avaient été soulevés dans cette précédente affaire. Et nous pensons que certains de ces moyens sont fondés.

Le département et la communauté de communes font en effet valoir que la cour aurait dénaturé les pièces du dossier et commis une erreur de droit en jugeant que leur préjudice tenant à l'absence de versement de leur part de redevance ne présentait pas un caractère certain.

C'est la quatrième branche de ce moyen, soulevée dans le pourvoi du département¹, qui nous semble fondée. Pour apprécier le montant de la redevance qui aurait pu être perçue en cas de renouvellement des concessions, la cour a affirmé, au point 8 de son arrêt, que ce montant *« dépend des bénéfices retirés par le concessionnaire »*. Or c'est sur les recettes nettes, et non pas sur les bénéfices, qu'elle aurait dû fonder son raisonnement. L'article L. 523-2 du code de l'énergie dispose en effet qu'*« il est institué, à la charge du concessionnaire, au profit de l'Etat, une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés desquelles est déduit, le cas échéant, le montant des achats d'électricité pour les pompages (...) »*. Et, comme le soutiennent à juste titre les requérants, la différence entre les recettes et le montant des achats d'électricité n'est pas égale au bénéfice du concessionnaire. Pour obtenir ce bénéfice, il faut retrancher des recettes non seulement les achats d'électricité mais aussi toutes les autres charges du concessionnaire (autres achats, frais de personnel, investissements, etc.). Et, si le bénéfice du concessionnaire peut incontestablement être nul voire négatif sur un ou plusieurs exercices, la simple différence entre les recettes et les achats d'électricité nous semble beaucoup moins aléatoire. Cette différence ne peut être nulle, en réalité, que dans l'hypothèse où le montant des achats d'électricité pour les pompages serait supérieur aux ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages. Il faudrait pour cela, *a priori*, un dysfonctionnement majeur des ouvrages et/ou une mise à l'arrêt durable des installations, événements dont la probabilité nous paraît relativement faible. L'erreur commise par la cour en raisonnant sur les bénéfices au lieu de raisonner sur les recettes nettes a donc pu jouer un rôle dans la conclusion à laquelle elle est parvenue quant à la possibilité d'une redevance nulle, et donc quant à son appréciation du caractère certain des préjudices allégués. Cette erreur ne peut donc être regardée comme une simple erreur de plume, c'est à nos yeux une réelle erreur de droit².

¹ Mais étonnamment pas soulevée dans le pourvoi de la communauté de communes, alors même que les deux pourvois sont, sinon, quasiment identiques

Si vous nous suivez, vous annulerez donc pour ce motif l'arrêt attaqué par le département, sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur les autres branches de ce premier moyen qui, au demeurant, nous semblent infondées. Quant au second moyen, auquel vous ne serez obligés de répondre que pour statuer sur le pourvoi de la communauté de communes, il nous semble lui aussi fondé.

Rappelons à cet égard que, contrairement au département des Hautes-Pyrénées dans l'affaire précédente, le département des Pyrénées-Atlantiques et la communauté de communes de la vallée d'Ossau, dans les affaires que vous examinez aujourd'hui, ne s'étaient pas seulement prévalus, devant les juges du fond, d'un préjudice tenant à l'absence de versement de leur part de redevance, mais également, à titre subsidiaire, d'un préjudice tenant à la perte de chance de percevoir cette part de redevance. La cour a considéré que ce préjudice, comme l'autre, présentait un caractère incertain, mais elle l'a fait en recopiant l'arrêt rendu par la cour de Bordeaux dans l'affaire précédente et sans expliquer spécifiquement en quoi il n'y avait pas de perte de chance. Or cette motivation convenait bien pour répondre aux moyens soulevés devant la cour de Bordeaux dans l'affaire précédente, puisque le département requérant ne s'était alors pas placé sur le terrain de la perte de chance. Mais, en l'espèce, elle est plus problématique en ce qu'elle témoigne de ce que la cour a apprécié le caractère certain du préjudice de perte de chance de la même façon qu'elle a apprécié le caractère certain de l'autre préjudice. Il n'est pourtant pas possible de raisonner exactement de la même façon pour ces deux préjudices. Comme le font valoir à juste titre les pourvois, la notion d'aléa n'est, par construction, pas incompatible avec l'indemnisation d'un préjudice de perte de chance. Et, en particulier, se fonder sur la possibilité pour la personne publique de renoncer à conclure la concession pour un motif d'intérêt général nous paraît difficilement pouvoir justifier l'inexistence de la perte de chance que le contrat soit conclu et que des redevances soient versées. La cour nous semble donc bien avoir commis une erreur de droit en écartant comme incertain le préjudice de perte de chance sans rechercher concrètement s'il y avait pu y avoir, en l'espèce, perte de chance.

Ajoutons, avant de conclure, que, si vous nous suivez pour annuler les arrêts attaqués, vos motifs de cassation n'impliqueront pas nécessairement un renversement de la solution adoptée par la cour. Il lui appartiendra simplement d'apprécier à nouveau le caractère certain des préjudices invoqués par le département et la communauté de communes, cette fois-ci sans commettre les erreurs que nous avons soulignées, et il est fort possible qu'à l'issue de ce nouvel examen elle conclut de nouveau au caractère incertain de ces préjudices. Mais nous ne pouvons pas en préjuger à ce stade.

PCMNC :

- à l'annulation des deux arrêts attaqués ;

² Relevons que l'arrêt de la CAA de Bordeaux du 6 décembre 2021 était entaché de la même erreur de droit, mais que celle-ci n'avait pas été soulevée dans le pourvoi dont vous avez refusé l'admission

- au renvoi des deux affaires devant la CAA de Paris ;
- sous le n°466746, à ce que l'Etat verse une somme de 3 000 € au département des Pyrénées Atlantiques et, sous le n°466746 à ce que l'Etat verse une même somme de 3 000 € à la communauté de communes de la Vallée d'Ossau, dans les deux cas au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.